

Lu pour vous

BRUNET Pierre, MILLARD Éric et MERCIER Jérémy (dir.), « La fabrique de l'ordre juridique. Les juristes et la hiérarchie des normes », *Revus – Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law / Revue de théorie constitutionnelle et de philosophie du droit*, 21, 2013, 292 p.

Compte rendu par Jean-Yves CHEROT (Université Aix-Marseille)

Ce numéro 21 (2013) de *Revus – Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* contient des contributions rassemblées par Pierre Brunet, Eric Millard et Jérémy Mercier sous le titre de *La fabrique de l'ordre juridique. Les juristes et la hiérarchie des normes*. Elles jettent de nouvelles lumières sur ce qui est au cœur de la théorie du droit et de la pratique du droit, les théories de la hiérarchie des normes et sur leurs usages, sur ses représentations les plus élaborées, sur certaines de ses sources historiques et sur les critiques de certains des usages du concept.

Il est ici principalement question de science du droit, conformément d'ailleurs au projet kelsenien et au rôle central de la théorie de la hiérarchie des normes dans la construction kelsenienne de la science du droit. Il est question de ce que la ou les théories de la hiérarchie des normes permettent de faire ou de ne pas faire dans la restitution scientifique du langage juridique, dans la construction de la réalité ou de la logique des énoncés juridiques. On lira aussi ces contributions comme une critique des différents usages du concept de hiérarchie normative.

Sur la théorie kelsenienne

Le modèle kelsenien de la hiérarchie dynamique des normes est le point focal d'une partie des contributions et, en tout cas, au centre de l'attention. Stanley L. Paulson (« Ce que nous apprend la *Sufenbaulehre* sur le concept de droit de Kelsen ») nous plonge au cœur de l'ontologie kelsenienne et montre magnifiquement combien sa doctrine du dualisme ontologique de l'être et du devoir-être conduit Kelsen à repousser en dehors de la théorie du droit la fonction directrice des conduites que peuvent avoir les normes, dont l'analyse mène inévitablement à faire entrer des considérations de faits et de psychologie dans l'analyse théorique, au profit de leurs seules fonctions normatives habilitantes, les fonctions de création et d'application du droit. Cela se retrouve dans ce qui est un des objets de la construction de la science du droit pour Kelsen, à savoir la reconstruction de l'énoncé juridique complet. L'énoncé statique de cette norme hypothétique n'est en réalité, d'une part, que la reproduction en miniature de la *Stufenbau* et, d'autre part, que l'énoncé d'une norme d'habilitation à prononcer potentiellement une sanction. Le devoir-être juridique n'est alors plus regardé comme

exprimant un concept d'obligation juridique, mais seulement, comme le souligne Kelsen, et comme le rappelle Paulson, « un indice de ce dernier ».

Rafael Encinas de Munagorri (« Droit international privé et hiérarchie des normes ») rappelle que la théorie de la hiérarchie des normes s'accompagne chez Kelsen d'une conception unitaire du droit. On ne peut penser le droit et la science du droit que si on conçoit l'existence d'un seul système de normes effectives. Pour Kelsen, si deux ordres juridiques sont envisagés dans un même ensemble, c'est nécessairement à partir de l'un d'entre eux. On ne peut penser le droit que de façon unitaire ou moniste. L'auteur voit, dans ce présupposé, un atout analytique puissant dans l'analyse même du droit international privé où la théorie de la hiérarchie des normes est la plus contestée. Il souligne ainsi que la théorie de la hiérarchie des normes dans sa version kelsenienne pouvant être conçue, soit à partir de l'ordre juridique étatique, soit à partir de l'ordre juridique international, soit encore sans doute à partir d'un ordre juridique mondial fondé sur le droit des gens, « permet de mettre en relief des conceptions du droit international privé aussi différentes que celles particularistes, universalistes ou mondialistes ».

Les critiques (1)

Plusieurs contributions ne manquent pas de critiquer quelques usages du concept de hiérarchie des normes par la science du droit. Riccardo Guastini (« *Lex superior*. Pour une théorie des hiérarchies normatives ») propose un certain affaiblissement par un travail de distinctions, très illustratif de l'école analytique italienne. Car les usages de la notion de hiérarchie des normes se développent chez les juristes dans divers contextes argumentatifs et c'est souvent parce que ces contextes ne sont pas différenciés que les raisonnements finissent par être, logiquement, désordonnés. Riccardo Guastini définit quatre types de relations hiérarchiques entre les normes : les hiérarchies formelles ou structurelles qui concernent la relation entre les normes réglant la création du droit et le droit créé conformément à ces normes ; les hiérarchies matérielles qui regardent le contenu des normes ; les hiérarchies logiques ou linguistiques parce qu'une première norme est logiquement supérieure à une deuxième norme lorsque la première mentionne ou se réfère à la deuxième (le cas, par exemple, du rapport entre les normes d'abrogation explicite et les normes abrogées) ; les hiérarchies axiologiques qui regardent la valeur ou l'importance des normes. L'auteur indique tout spécialement que les hiérarchies formelles ou structurelles ne doivent pas être pensées comme des hiérarchies logiques ou linguistiques (parce que « les normes réglant la production du droit ne portent pas sur d'autres normes ; elles portent sur des actes normatifs »). Une telle analyse vise implicitement la théorie kelsenienne de la hiérarchie des normes, du moins dans sa version classique qui tend à saisir à travers la hiérarchie dynamique des normes des liens nécessaires et logiques du monde du devoir-être juridique.

C'est un usage *a priori* et constructiviste du concept de hiérarchie des normes qu'Éric Millard (« La hiérarchie des normes. Une critique sur un fondement empirique ») récusé au titre d'une approche empirique (et selon laquelle une science empirique ne peut rendre compte que de faits observables) de la science du droit. Dans le compte rendu d'un tel monde où les significations des énoncés prescriptifs ne sont observables que dans les actes des organes de concrétisation du droit, une théorie qui ferait de la hiérarchie des normes un *a priori* conceptuel « négligerait un élément essentiel au cœur de la dynamique du droit » et ne pourrait plus

être défendue car « rien ne nous permet de tenir que la structure d'un système juridique soit hiérarchisée, ni même qu'il existe un ordre ou un système juridique ». Mais il faut, en même temps, à la science du droit rendre compte de l'observation de régularités dans les significations produites par les organes de concrétisation du droit à partir d'une argumentation reconnaissant la validité des directives qui leur sont adressées par les autorités législatives et manifestant ce qu'Éric Millard appelle, avec Ross, « l'idéologie normative » des juges. Ainsi, même s'il est possible que nous puissions nous passer du concept de hiérarchie des normes, « pour autant, il n'est pas certain, qu' [...] un concept de hiérarchie des normes ne soit pas par ailleurs extrêmement utile pour permettre d'affirmer qu'une norme existe ». Mais « nous ne pouvons connaître qu'une hiérarchie des normes produites (existantes), ce qui est évidemment très différent de l'idée du recours à une hiérarchie comme modalité et critère de production des normes valides *per se* ». C'est la même perspective d'une science empirique du droit que défend Raphaël Paour (« Les contraintes juridiques de la hiérarchie des normes »). Mais l'auteur affaiblit considérablement, voire fait disparaître de sa théorie, l'idée d'une « idéologie normative » par laquelle les organes de concrétisation se représentent la hiérarchie des normes comme une contrainte normative. Il ne retient qu'un jeu stratégique où la référence à la hiérarchie des normes n'est qu'une justification adressée par les organes de concrétisation à un auditoire, et donc un simple outil de leur pouvoir. De son côté, Francesco Di Donato (« La hiérarchie des normes dans l'ordre juridique, social et institutionnel de l'Ancien Régime ») montre combien les parlements d'Ancien Régime ont bien rappelé au pouvoir royal de quelles règles il tenait sa légitimité. Mais si l'auteur illustre la représentation du droit structurée et hiérarchisée qui prévalait dans la pensée juridique de l'Ancien Régime, l'article est aussi une critique d'une représentation *a priori* de la hiérarchie des normes en marquant les usages stratégiques par les parlements d'Ancien Régime de leur appel à une hiérarchie normative pour, au nom du droit, partager le pouvoir avec le roi.

Critiques (2)

La critique est également adressée par Guillaume Tusseau (« Sur le métalangage du comparatiste. De la prétention à la neutralité à l'engagement pragmatiste ») à la théorie de la hiérarchie des normes en tant qu'elle se présente comme une théorie générale du droit universalisante, utile ou vraie pour tous les systèmes juridiques : « Il ne me semble plus tenable ni opportun de soutenir que la théorie générale du droit est en mesure de permettre au comparatiste de se doter d'un métalangage totalement neutre. [...] Je ne pense pas qu'il y ait une réelle perte à renoncer à cette dimension illuministe du kelsénisme au profit d'une approche teintée de pragmatisme. » Cette observation pourrait valoir pour dénoncer toute prétention d'un concept immodeste de droit sous-jacent dans la théorie trop ethnocentrée de la hiérarchie des normes à la prétention peut-être décalée lorsqu'elle perd tout contact avec les représentations du droit que nous offrent la comparaison internationale et la prise en considération de la pensée juridique dans les autres civilisations. L'article de Luca Parisoli (« Une approche volontariste du droit naturel et de la contradiction. Une façon de bâtir la notion de hiérarchie dans la pensée latine médiévale »), qui montre l'influence sur la pensée juridique moderne des écoles du droit canonique, souligne notamment, de son côté, le contexte si différent dans lequel ont travaillé les canonistes, par comparaison avec les docteurs de la loi islamique et les rabbins, et

les traces dans notre construction du concept de droit d'une tradition juridique particulière propice à une approche par la hiérarchie des normes.

Hart

Massimo La Torre (« Le modèle hiérarchique et le Concept de droit de Hart ») restitue de façon dynamique, en regard des autres doctrines de la science du droit, la doctrine hartienne dans ses nombreuses dimensions. On y mesure la différence avec Kelsen : Hart attache une importance toute particulière (empirisme d'une « sociologie descriptive » du droit oblige) aux fonctions respectives des règles primaires et secondaires et tient pour crucial, pour la science du droit, de montrer leurs relations. S'agissant d'un système juridique, il faut des règles (les règles secondaires) qui prévoient comment les règles qui créent des obligations (les règles primaires) sont produites et comment elles sont appliquées et pourquoi elles s'imposent et sont comprises ou reconnues comme du droit. Chez Hart, la notion de hiérarchie des normes prend la forme de l'« union des règles primaires et secondaires ». On retiendra tout particulièrement que Massimo La Torre défend, avec de bons arguments, le lien – controversé – entre les deux aspects de la doctrine de Hart : sa doctrine des fondements du droit (dans la règle de reconnaissance et dans l'union des règles primaires et secondaires) et sa doctrine critique du scepticisme à l'égard des règles dans l'application du droit et en tire des conséquences sur le concept de validité qui ne peut plus être simplement, selon lui, l'expression d'une hiérarchie purement dynamique. Les règles secondaires sont, rappelle Massimo La Torre, en reprenant les termes de Hart, des règles « parasites » ; elles n'existent que pour rendre compte de l'existence des règles primaires, les règles qui créent des obligations à l'égard des citoyens. « Comment le juge peut-il décider sans critères substantifs ? Comment le parasite peut-il vivre sans l'objet dont il est le parasite ? Dans ce cas, la règle de reconnaissance, désormais réduite à la seule identification de l'organe judiciaire, ne pourra pas nous donner un principe de validité. » Massimo La Torre souligne encore l'importance de ce que Hart a appelé l'aspect interne des règles qui les différencie des simples régularités et qui renvoie à l'idée qu'une norme est un modèle de comportement, ce qui impose que le point de vue juridique ait besoin de porter une attention au « point de vue interne », c'est-à-dire « de reconnaître l'existence d'attitudes critiques quant aux normes de comportements afin d'identifier un élément constitutif d'une conduite normative, juridique ». Selon Massimo La Torre, grâce à cette théorie, « Hart attaque et parvient à battre l'école de théorie réaliste du droit, qu'elles qu'en soient les variantes ».